

MAURO CAPPELLETTI Y EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMPARADO*

Por EDUARDO FERRER MAC-GREGOR**

*A la memoria de Mauro Cappelletti (1927-2004),
defensor universal de la libertad y la dignidad humanas*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. SEMBLANZA DE MAURO CAPPELLETTI.—3. ENSEÑANZAS DE CAPPELLETTI EN MÉXICO.—4. INFLUENCIA DE PIERO CALAMANDREI.—5. DERECHO COMPARADO.—6. MÉTODO COMPARATIVO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL.—7. SECTORES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.—8. EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES: A) Control judicial y control político. B) Antecedentes históricos. C) Tipologías. D) Otros problemas.—9. LOS PODERES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y SU LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA.—10. EPÍLOGO.

RESUMEN

El presente ensayo tiene por objeto destacar las contribuciones de Mauro Cappelletti al derecho procesal constitucional comparado. Se analiza su obra desde el primer libro de 1955 sobre la jurisdicción constitucional de la libertad hasta las obras colectivas de alcance mundial relativas al acceso a la justicia. Partiendo de una semblanza de su vida y la influencia recibida de Piero Calamandrei, se precisa la manera en que utilizó el derecho comparado como sistema de estudio. Sus contribuciones a la justicia constitucional son materia de análisis en varias direcciones: a) clasificación de la jurisdicción constitucional; b) justicia constitucional supranacional; c) control judicial de la constitucionalidad de las leyes, desde sus antecedentes remotos hasta la consagración moderna; d) desarrollo de la *judicial review of legislation* y del control concen-

* Ponencia presentada en el *I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional* (Monterrey, 8-10-septiembre de 2005), celebrado en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, bajo el auspicio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Ponencia actualizada a noviembre de 2007.

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

trado; e) convergencia de ambos sistemas; y f) poderes del juez constitucional y su legitimación democrática, entre otros aspectos.

Palabras clave: Justicia Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Jurisdicción Constitucional, Control Constitucional, Derecho Comparado.

ABSTRACT

This essay highlights the contributions Mauro Cappelletti made to comparative constitutional procedural law. It analyses his work from his first book (1955) on the constitutional jurisdiction of liberty, to his internationally relevant collected works on access to justice. Starting with a sketch of his life and the influence of Piero Calamandrei on his thought, the article explains how he used comparative law as a system of study. His contributions to constitutional justice are worth analysing from various angles: a) classification of constitutional jurisdictions; b) supranational constitutional justice; c) judicial control of the constitutionality of laws, from the remote past to modern times, when this has become obligatory practice; d) development of judicial review of legislation and concentrated control; e) convergence of both systems and f) the powers of constitutional judges and their democratic legitimation, amongst other aspects.

Key words: Constitutional justice, constitutional procedural law, constitutional jurisdiction, constitutional control, comparative law.

1. INTRODUCCIÓN

Murió Mauro Cappelletti, embajador de la ciencia jurídica universal y uno de los procesalistas más importantes e influyentes del siglo XX. Su reciente pérdida, el primero de noviembre de 2004, representa un luto para todos los estudiosos del derecho y especialmente para los cultivadores del procesalismo científico y del derecho comparado.

A diferencia de los destacados miembros que integraron la presente mesa en su honor, el que escribe no fue discípulo suyo ni tuvo la fortuna de conocerlo en vida. Mi acercamiento se debe a su obra escrita, ampliamente difundida por las traducciones y enseñanzas de los ponentes que me acompañan. Me refiero a mis queridos maestros a quienes tanto debo: Héctor Fix-Zamudio y Cipriano Gómez Lara; así como al profesor de Costa Rica, Rubén Hernández Valle, discípulo directo de Cappelletti y de quien también he aprendido de sus importantes publicaciones y especialmente en los *Encuentros Iberoamericanas de Derecho Procesal Constitucional* donde hemos participado conjuntamente¹.

¹ Hasta la fecha se han realizado cuatro *Encuentros* en: Rosario, Argentina (2003), San José, Costa Rica (2004), La Antigua, Guatemala (2005) y Santiago de Chile (2006). El V *Encuentro* tendrá lugar en México, cuya fecha está por definirse.

No podría plasmar en este breve ensayo las diversas y nutridas contribuciones a la ciencia jurídica en general del profesor de la Universidad de Florencia. Siempre a través de una genuina dimensión social y mediante la utilización de un riguroso método comparativo, abarcó múltiples facetas de la justicia constitucional, derecho procesal civil, acceso a la justicia, protección de intereses difusos y colectivos, así como medios alternativos de solución de controversias, por sólo mencionar algunas temáticas recurrentes en sus trabajos.

En su última publicación denominada *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*², publicado diez años antes de su lamentable partida, el profesor italiano con un dejo de nostalgia recordaba sus afanes académicos de investigación comparativa, que englobó en tres grandes rubros: la dimensión constitucional, para lograr la libertad y dignidad humanas, especialmente ante la necesidad de buscar mecanismos para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; la dimensión social de la justicia, bajo la idea de la equidad ciudadana a través del efectivo acceso a la justicia; y la dimensión transnacional de la justicia, que contribuye a la integración económica, social y cultural de los países, lo que ha provocado las complejas relaciones entre los ordenamientos y jurisdicciones nacionales e internacionales.

Me centraré en esta ocasión en destacar la contribución del maestro italiano a la primera dimensión a que aludía, convertida en una de sus grandes pasiones, a saber, el derecho procesal constitucional comparado. Esto es, en resaltar sus valiosas aportaciones a lo que él denominó «justicia constitucional» a través del método comparativo, presente desde su primera publicación en 1955: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*³.

2. SEMBLANZA DE MAURO CAPPELLETTI

Mauro Cappelletti nació el 14 de diciembre de 1927 en Folgaria, pequeña población ubicada al norte de Italia en la provincia de Trento, actualmente centro turístico invernal con poco más de tres mil habitantes. Murió a la edad de 76 años el primero de noviembre de 2004 en la ciudad de Fiesole, provincia de Florencia, en la Toscana, después de padecer una cruda enfermedad durante una década que lo alejó de la vida académica⁴.

² Bolonia, Il Mulino, 1994.

³ Milán, Dott. A. Giuffrè, 1955 (quaderni dell'associazione fra gli studiosi del processo civile, VII).

⁴ Sobre la vida y obra de Mauro Cappelletti, puede consultarse la publicación reciente de

Discípulo dilecto del inmortal profesor florentino Piero Calamandrei y, por consiguiente, heredero de la corriente del procesalismo científico italiano iniciada por Giuseppe Chiovenda a principios del siglo XX y seguida por Francesco Carnelutti. Su vida la dedicó a la investigación y a la enseñanza del derecho procesal, conforme una visión renovada y de avanzada, atendiendo los problemas sociales de su época. Su obra y pensamiento giró alrededor de la justicia y la defensa de la libertad.

Estudió derecho en la Universidad de Florencia, obteniendo el grado en 1952. Durante esos años es donde conoce el pensamiento del que fuera su principal maestro: Calamandrei. Colaboró con el Presidente de la Barra italiana y en 1956 obtuvo el grado de enseñanza «Libera Docenza». Fue en los siguientes dos años investigador en la Universidad de Friburgo en Brisgovia, Alemania. En 1957 inició su intensa carrera académica como profesor de derecho procesal civil en la Universidad de Macerata. Al dictar la conferencia inaugural en enero de 1962 en esa Universidad, denominada *Ideologie nel diritto processuale*⁵, ya dejaba ver sus preocupaciones que lo acompañaron en sus publicaciones posteriores. Su actividad docente continuó a partir de 1962 en la Universidad de Florencia, donde fundó y dirigió por catorce años el Instituto de Derecho Comparado (1962-1976) y también algunos años el Centro de Estudios Judiciales Comparados. A partir de 1970 se incorporó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford, California, lo que le permitió investigar y enseñar combinando estancias en Estados Unidos e Italia. En 1976 se incorpora al Instituto Universitario Europeo en la misma ciudad de Florencia (creado por las Comunidades Europeas), y que el propio Cappelletti denominaba como una «minicomunidad de la cultura y la enseñanza» a nivel europeo; siendo director del departamento jurídico de ese Instituto en varios periodos: 1977-79, 1983 y 1985-1986. Fue nombrado Profesor Emérito de la Universidad de Stanford en 1996.

Profesor visitante en Universidades en todo el mundo, como en Harvard (1969), California en Berkeley (1970), París I (1981), Cambridge (1988-89), y entre muchas otras; y recibió el título de doctor *honoris causa* por varias universidades, entre las que destacan las Universidades de

la Asociación Internacional de Derecho Procesal, editada por MARCEL STORME y FEDERICO CARPI: *In Honorem. Mauro Cappelletti (1927-2004). Tribute to an international procedural lawyer*, Holanda, Kluwer Law Internacional, 2005, 79 pp. En esta publicación participan además de los editores, Nicolò Trocker, Sir Jack Jacob, Laurence M. Friedman, John Henry Merryman y Machteld Nijsten. Una reciente necrología en español fue realizada por ROBERTO O. BERIZONCE, en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 7, 2005, pp. 305 y ss.

⁵ La traducción en castellano de esa conferencia, aparece en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, trad. de Miguel Spagna Berro, Montevideo, tomo 58, abril de 1962, núm. 4, pp. 85-99.

Aix/Marseille, en Francia, la Universidad de Gante, en Bélgica y la Universidad de La Plata, Argentina. Recibió premios, como los que obtuvo en el año de 1981, por la *Accademia Nazionale dei Lincei* en reconocimiento por sus investigaciones, y el *Premio Europeo «Lorenzo il Magnifico»* de la *Accademia Internazionale Medicea*⁶.

Además de su intensa labor docente, debe mencionarse su destacada actividad como conferenciante y participante en foros, encuentros y congresos internacionales, que lo llevaron a presidir la Asociación Internacional de Derecho Procesal (1983-1995). Durante los años que presidió el Instituto se llevaron a cabo importantes eventos académicos en todo el mundo, que rebasaría los fines propios del presente estudio el mencionarlos, por lo que sólo destacaremos el trascendental Congreso Internacional de Derecho Procesal de 1988, relativo a «La tutela jurisdiccional de los Derechos del Hombre, a nivel nacional e internacional», con motivo del IX centenario de la Universidad de Bolonia. También presidió la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas (1983-1984) y la Asociación Italiana de Derecho Comparado. Fue miembro de número de la Academia Internacional de Derecho Comparado, del Instituto Internacional de Géopolitique, de París; y miembro correspondiente de la Academia dei Lincei, del *British Academy*, del *Institut de France*, del *Belgian Royal Academy*, y de la *Accademia Toscana di Scienze e Lettere «La Colombaria»*, entre otras asociaciones. Participó también en el Comité de reformas del Código Civil italiano en 1978.

Su obra escrita (como autor o editor) comprende más de treinta libros y un importante número de artículos, ponencias, relatorías y ensayos menores, traducidos a varios idiomas. Dirigió importantes investigaciones de derecho comparado desde el Instituto Universitario Europeo, que se le conocen como «Proyectos Florentinos sobre Acceso a la Justicia», entre las que destacan la realizada entre 1973-79, relativa al estudio de la asistencia legal a los pobres e indigentes, que luego lo llevaron a publicar cuatro gruesos volúmenes en seis tomos, denominados *Access to Justice*, obra a la cual nos referiremos más adelante; y la que emprendió de 1979 a 1985, consistente en un monumental proyecto de coordinación denominado *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, investigación multidisciplinaria en la que participaron juristas, politólogos, antropólogos, sociólogos y economistas, de todo el mundo, publicándose seis voluminosos tomos entre los años de 1986-87⁷. Además, fue director

⁶ Véase *Stanford Report*, enero de 2005, que realizaron LAWRENCE M. FRIEDMAN y JOHN HENRY MERRYMAN; así como la necrología preparada por ROBERTO O. BERIZONCE, *op. cit.*

⁷ Para la dimensión de esta magna obra, véase la introducción del propio Cappelletti, conjuntamente con M. SECCOMBE y J. H. H. WEILER, *Integration Through Law: Europe and the*

de la sección de derecho procesal civil de la *Internacional Enciclopedia of Comparative Law*, a partir de 1966, volumen XVI.

No puede dejarse de mencionar en esta breve semblanza, que la obra de Cappelletti siempre estuvo acompañada de una dimensión social como se ha señalado en la introducción de este ensayo. En esta dirección se advierten sus trascendentales trabajos sobre *Processo e ideologie*⁸; *Giustizia y società*⁹, traducido con posterioridad al español por Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, en una sola obra bajo la denominación de *Proceso, Ideologías y Sociedad*¹⁰; y especialmente su obra *Towards equal justice. A comparative study or legal aid in modern societies (Texts and Materials)*¹¹. Y por supuesto la dirección de los influyentes estudios multidisciplinarios sobre *Access to Justice*¹² (editados con Bryan Garth, John Weisner y Klaus-Friedrich Koch), publicados en cuatro volúmenes en seis tomos, patrocinados por la Fundación Ford, cuya introducción con Bryan Garth fueron traducidos a múltiples idiomas y en español aparecieron bajo el nombre de *Acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*¹³.

La preocupación de esta temática acompañó a Cappelletti en el transcurso de sus publicaciones posteriores. Destaca especialmente la coordinación de la obra (junto con Mónica Seccombe y John Weisner) *Access to Justice and the Welfare State*¹⁴. Su preocupación social estuvo presente hasta su último libro *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*¹⁵, publicado diez años antes de su lamentable partida y en la cual se advierten las tres dimensiones que siempre lo acompañaron y que nos referimos al inicio de este ensayo: la dimensión constitucional; la dimensión social de la justicia; y la dimensión transnacional de la justicia, cuestiones visionarias que Cappelletti abordó de manera magistral y cuya primera preocupación será materia de análisis en el presente ensayo.

American Federal Experience. A general Introduction, Vol. I: *Methods. Tools and Institutions*, Book I: *A Political, Legal and Economic Overview*, Berlin-New York, 1986.

⁸ Bolonia, Il Mulino, 1969.

⁹ Milán, Comunità, 1972.

¹⁰ Buenos Aires, EJE, 1974.

¹¹ Con la colaboración de James Fordley y Earl Johnson, Milán, Dobbs Ferry, New York, Giuffrè-Oceana, 1975.

¹² Alphen aan den Rijn/Milano, Sijthoff & Noordhoff/Giuffrè, 1978-1979.

¹³ Trad. de Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica, 1976; y luego en La Plata, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, trad. de S. Amaral, 1983, con un ligero cambio en el subtítulo: «El acceso a la justicia, movimiento mundial para la efectividad de los derechos».

¹⁴ Alphen aan den Rijn, Sijthoff, 1981.

¹⁵ *Op. cit.*

3. ENSEÑANZAS DE CAPPELLETTI EN MÉXICO

Cappelletti fue un viajero incansable. Recorrió el mundo a través de los congresos y seminarios donde participó, con independencia de sus estancias periódicas en Alemania, Estados Unidos, Francia e Inglaterra. México fue uno de los países Latinoamericanos que probablemente más visitó y ello se aprecia por sus múltiples seguidores, amigos y colegas que dejó, así como de la sustancial obra publicada en nuestro país.

Desde muy temprano en su vida académica el profesor de derecho procesal civil de la Universidad de Macerata, visitó México en el año de 1960, con motivo del Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal¹⁶ y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal¹⁷. Ambos eventos celebrados en la Biblioteca «Antonio Caso» de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, del 14 al 18 de febrero, por las mañanas el primero y por las tardes el segundo. Eventos académicos organizados por Roberto Molina Pasquel, Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Fernando Flores García y Humberto Briseño Sierra (presidente, vicepresidente, tesorero y secretario, respectivamente, del Instituto Mexicano de Derecho Procesal), así como de Héctor Fix-Zamudio y Guillermo Derbez Muro (socios numerarios del mismo Instituto) y de Adolfo Gelsi Bidart (secretario del Instituto Latino-Americano de Derecho Procesal, ahora Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal). Cabe destacar que en este evento se designó a Niceto Alcalá Zamora y Castillo como primer presidente del Instituto Latino-Americano de Derecho Procesal (luego denominado Iberoamericano)¹⁸.

Cappelletti participó en ambos eventos académicos. En el Congreso Mexicano en la I mesa relativa al «Régimen procesal del amparo», junto con Gabriel García Rojas, Alfredo Vélez Mariconde (Argentina), Arturo Serrano Robles y Héctor Fix-Zamudio. En las Jornadas Latinoamericanas especialmente en la mesa «Situación y perspectiva de la oralidad en América». En las memorias del evento publicadas por la *Revista de la Facul-*

¹⁶ Organizado por el Instituto Mexicano de Derecho Procesal, asociación creada en 1956 y cuyo primer presidente fue Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

¹⁷ Las primeras Jornadas se realizaron en Montevideo en 1957, al año de fallecimiento de Eduardo J. Couture y como homenaje a su memoria. Actualmente se denominan Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, auspiciadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Se celebran por lo general cada dos años. Las XX Jornadas se celebrarán en Málaga, España, en octubre de 2006.

¹⁸ La crónica de ambos eventos, puede consultarse en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo X, enero-diciembre de 1960, núms. 37-38-39-40.

tad de Derecho de México aparecen sus trabajos: «La justicia constitucional en Italia»¹⁹ y el «Valor actual del principio de oralidad»²⁰.

En su segundo viaje a México, los días 22 a 26 de febrero de 1965, impartió cinco conferencias magistrales en el Aula «Jacinto Pallares» de la Facultad de Derecho de la UNAM con motivo de sus cursos de invierno, terminando con una mesa redonda denominada «Amparo y Casación», y en la que participaron, junto con el maestro italiano, Ignacio Medina, Humberto Briceño Sierra, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Héctor Fix-Zamudio y L. Capin Martínez.

Sus intervenciones en este evento se reunieron en una publicación que es ya clásica entre nosotros: *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*²¹, con prólogo de Ignacio Medina y traducida por nuestros queridos maestros Héctor Fix-Zamudio y Cipriano Gómez Lara.

Posteriormente, esta recopilación de ensayos fue complementada con otros trabajos en la publicación mexicana denominada *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*²², con un importante prólogo de Héctor Fix-Zamudio. Puede sostenerse que esta obra recoge en gran parte la esencia del pensamiento de Cappelletti sobre el derecho procesal constitucional. En los importantes ensayos reunidos se aprecia su genialidad en el agrupamiento del estudio sistemático de la jurisdicción constitucional en tres sectores: jurisdicción constitucional de la libertad, jurisdicción constitucional orgánica y jurisdicción constitucional transnacional, a que nos referiremos en un apartado especial de este ensayo. Asimismo, se refiere a problemas capitales como la necesidad y legitimación de la justicia constitucional, los poderes del juez constitucional y su actuación discrecional, la problemática relativa a los efectos de las sentencias en el control judicial de la constitucionalidad de leyes y su gran visión de lo que él denominó «justicia constitucional supranacional», es decir, la manera en que la jurisdicción de la libertad tiene una dimensión transnacional, comprendiendo una jurisdicción internacional para conocer de «aquellas formas especiales de recurso y de procedimiento jurisdiccional que tienen por objeto específico la protección judicial de los derechos fundamentales del hombre»; y desde un ensayo pionero el entonces profesor de la Universidad de Florencia ya presagiaba para el Continente Americano la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La ciudad de México lo recibe nuevamente, con motivo del V Congreso Internacional de Derecho Procesal, celebrado del 12 al 18 de marzo

¹⁹ *Op. últ. cit.*, pp. 151-168.

²⁰ *Idem*, pp. 701-709.

²¹ México, UNAM, 1966.

²² México, UNAM, 1987.

de 1972²³; y años más tarde con motivo de los cursos de invierno de la Facultad de Derecho de la UNAM en la última semana de noviembre de 1990. Las conferencias magistrales que impartió fueron reunidas en la obra *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (Cuatro estudios de Derecho Comparado)*²⁴, obra que aparece publicada conjuntamente con el diverso libro *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*²⁵.

Su última visita a México y antes de que se manifestara su penosa enfermedad, se produce con motivo del XIII Congreso Mexicano²⁶ y XIII Jornadas Iberoamericanas²⁷ de Derecho Procesal, celebradas en la ciudad de Cuernavaca, Morelos, del 9 al 12 de agosto de 1992. En esa ocasión presentó la ponencia «La protección de los intereses colectivos o difusos»²⁸, insistiendo en esta dimensión social de la justicia que tanto impulsó desde aquel trabajo pionero de 1975, sobre «La protection d'interêts collectifs et de groupe dans le proces civil (Mètamorphoses de la Procèdure civile)»²⁹.

Como puede apreciarse, la presencia de Mauro Cappelletti en México no sólo fue física debido a sus múltiples visitas académicas, sino especialmente por las repercusiones de su penetrante obra publicada en nuestro país, a través de libros³⁰ y un número importante de ensayos³¹, enmarcados en la mejor corriente del procesalismo científico del siglo XX.

²³ La reseña a este Congreso Internacional fue realizada por SANTIAGO OÑATE LABORDE y puede ser consultada en la *Revista de derecho procesal iberoamericana*, núm. 1 de 1972, pp. 239-259.

²⁴ Traducción de Héctor Fix Fierro, México, Porrúa, 1993.

²⁵ México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2007.

²⁶ Véanse las ponencias presentadas en *XIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, 2003.

²⁷ Las memorias del evento aparecen en *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM, 2003.

²⁸ *Op. últ. cit.*, pp. 245-258.

²⁹ Publicado en *Revue Internationale de Droit Comparè*, 1975, pp. 571-97.

³⁰ En cuanto a libros publicados en México por la UNAM, por orden cronológico: *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, UNAM, trad. de Héctor Fix-Zamudio, pról. de Mariano Azuela, México, UNAM, 1961; *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio y Cipriano Gómez Lara, México, UNAM, 1966; *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, pról. de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1987; y *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (Cuatro estudios de derecho comparado)*, trad. de Héctor Fix Fierro, México, Porrúa, 1993; las dos últimas obras aparecieron en un solo volumen, por la Editorial Porrúa y la Facultad de Derecho de la UNAM, en edición de 2007.

³¹ Los artículos y ensayos publicados en la UNAM, por orden cronológico: «Piero Calamandrei (Datos biográficos)» y «Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad», ambos traducidos por Héctor Fix-Zamudio, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 9-11 y 153-189, respectivamente; «Justicia constitu-

4. INFLUENCIA DE PIERO CALAMANDREI

El pensamiento y enseñanzas de Piero Calamandrei influyeron en la manera en que Mauro Cappelletti concibió el derecho y su relación con la sociedad.

Calamandrei fue un defensor de la libertad y la justicia, como lo demuestra su apasionada vida. Combatió el régimen autoritario colaborando en el periódico clandestino *Non Mollare*, órgano del movimiento secreto antifascista «Italia Libre» y especialmente formando parte del grupo «Justicia y Libertad», que luego lo impulsó para formar parte de los fundadores del «Partido d'azione» (partido de combate)³².

Desde sus primeros años formativos en la Universidad de Florencia, Cappelletti se impregnó de esos valores supremos de justicia y libertad enseñados por su maestro. En palabras del discípulo «Piero Calamandrei fue procesalista porque fue amante de la libertad; fue gran procesalista, gran jurista, porque fue grande y vigoroso defensor de la libertad. Proceso significa para Calamandrei, tutela del derecho del hombre; y el derecho es entendido por él, como el manto protector de la libertad. Estas fueron las «tesis» que su obra de jurista estuvo dirigida a demostrar; y no solamente la obra del jurista, sino su vida entera, desde sus manifestaciones más íntimas, hasta sus actuaciones públicas y políticas. Sus enseñanzas se reflejan y se reflejarán en la vida pública de nuestro país, porque la suya fue una obra de coherencia, de pasión, de perseverancia y de talento, que no habrá podido y no puede sino fascinar a todos aquellos que sean amantes de la libertad, de esa libertad por él tan amada. Su obra lo ha situado al nivel de las más grandes figuras de la historia italiana de nuestro siglo; al

cional en Italia» y «Valor actual del principio de oralidad», ambos en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 37-40, enero-diciembre, 1960, pp. 151-168 y 701-709, respectivamente; «La protección de intereses colectivos y de grupo en el proceso civil (Metamorfosis del procedimiento civil)», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 105-106, enero-junio, 1977, pp. 73-102; «Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.s., año XI, núms. 31-32, enero-agosto, 1978, pp. 1-40; «Riconoscimento delle sentenze straniere e basi ideologiche della interpretazione giuridica», en *Estudios de derecho procesal, en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*, México, UNAM, vol. primero, 1978, pp. 131-142; «Justicia constitucional supranacional», trad. de Luis Dorantes Tamayo, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 110, mayo-agosto, 1978, pp. 337-366; «Acceso a la justicia. Programa de acción reformadora y nuevo método de pensamiento», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.s., año XVI, núm. 48, septiembre-diciembre, 1983, pp. 797-814.

³² Cfr. MAURO CAPPELLETTI, «Piero Calamandrei (Datos biográficos)», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, op. cit., p. 10.

lado de Benedetto Croce, para el cual la realidad misma es historia de la libertad...»³³.

Estas palabras del joven investigador Cappelletti y aun promesa de jurista, las escribió el mismo año de la sensible pérdida de su maestro en 1956, publicadas en un número emblemático de la *Revista de la Facultad de Derecho de México* de ese año, dedicado en memoria de Piero Calamandrei y Eduardo J. Couture (que por azares del destino partieron con pocos meses de diferencia en ese año); y que luego reprodujera con ligeros cambios en 1957 en *In Memoria di Piero Calamandrei*³⁴, recopilando la obra escrita de su gran maestro florentino.

Calamandrei comprendió el acercamiento que debe existir del procesalismo científico al fenómeno constitucional. Los últimos años de la vida de Calamandrei los dedicó al Derecho Constitucional. Incluso llegó a ser profesor de dicha materia después de la Segunda Guerra Mundial. Tuvo un intenso paso por la vida pública, especialmente como constituyente formando parte de los trabajos preparatorios en la llamada «comisión de los setenta y cinco», influyendo notablemente en la Constitución italiana, promulgada el primero de enero de 1948. Se le atribuye a Calamandrei la configuración en el diseño del Poder Judicial y de la Corte Constitucional italiana.

El maestro florentino estudió a profundidad los sistemas de control constitucional, que lo llevaron a una clásica distinción de los dos sistemas tradicionales. El sistema «difuso» lo caracteriza como «incidental, especial y declarativo»; mientras que el sistema «concentrado», en contraposición, lo considera «principal, general y constitutivo»³⁵. Esta distinción si bien sigue siendo útil, debe ser matizada por la aproximación y mixtura de ambos sistemas reflejados en la variada experiencia a nivel mundial³⁶, europea³⁷ y

³³ «Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, *op. cit.*, p. 153.

³⁴ Padua, Cedam, 1957, 94 pp., especialmente, «Piero Calamandre e la difesa giuridica della libertà», pp. 44-78.

³⁵ Cfr. PIERO CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, Padua, CEDAM, 1950, pp. 5 y ss.; existe traducción por Santiago Sentís Melendo, «La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil», en sus ensayos reunidos *Instituciones de derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil)*, Buenos Aires, El Foro, 1996, vol. III, pp. 21 y ss.

³⁶ Véanse, entre otros, los estudios comparativos de HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1985; LOUIS FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, P.U.F., Paris, 1986; MICHEL FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Ed. Dalloz, 1996; LUCIO PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, Giappichelli, 1998; y FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistema americano ed europeo-kelseniano*, CCSDD, Bolonia, Bonomo, 2003.

³⁷ Cfr., entre otros, PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987; DOMINIQUE ROUSSEAU,

especialmente en Latinoamérica³⁸. En todo caso, cualquier análisis tipológico que se quiera emprender, por lo menos, tiene que considerar como punto de partida aquella clasificación. Recientemente Francisco Fernández Segado, partiendo de la caracterización propuesta por Calamandrei, explica la «obsolescencia de la clásica polaridad» entre los sistemas americano y europeo. Sostiene el destacado constitucionalista español y profundo estudioso de la justicia constitucional, sobre la relatividad contemporánea de las caracterizaciones a que aludía Calamandrei y especialmente por la función creativa que han adoptado los tribunales constitucionales europeos, que los convierten en «legisladores positivos» alejándose de la concepción original kelseniana. Es por ello que afirma «La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano», precisamente el subtítulo de su reciente obra *La justicia constitucional ante el siglo XXI*³⁹.

De esta forma el discípulo aprendió no sólo los valores supremos que en vida y pensamiento transmitió su maestro, sino también aspectos técnicos de comparación jurídica y especialmente aplicados en la compleja temática del derecho procesal constitucional. Como sucede en no pocas ocasiones, el discípulo superó al maestro. Cappelletti desarrolló aspectos que Calamandrei sólo dibujó, como veremos en los epígrafes siguientes. De manera paralela, en México, sucedió algo similar con las enseñanzas de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo con su discípulo Héctor Fix-Zamudio.

Así Calamandrei y Alcalá-Zamora dejaron fundamentos importantes de lo que hoy se conoce en Europa como justicia constitucional y en Latinoamérica como derecho procesal constitucional. El primero por haber participado en el diseño de la nueva Constitución italiana de 1948 que intro-

La justice constitutionnelle en Europe, 3ra. ed., París, Montchreistein, 1998; y JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002.

³⁸ Cfr., entre otros, AA.VV., *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, KAS, Perú, 1995; DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE y FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (coordinadores), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997; FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI, *Los tribunales constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*, Ed. CIEDLA, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, 2000; EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002; NÉSTOR P. SAGÜÉS, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, Biblioteca Porrúa de DPC, núm. 1, México, Porrúa-IMDPC, 2004; y HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, Biblioteca Porrúa de DPC, núm. 2, México, Porrúa-IMDPC, 2004.

³⁹ Cfr. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, presentación Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 2004, especialmente véase el capítulo III, pp. 25-58. Existe versión italiana, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinarsi del sistema americano ed europeo-kelseniano*, op. cit.

dujera una *Corte Costituzionale*, además de sus ensayos que acercaban al proceso con la Constitución⁴⁰; el segundo, dejando en claro la existencia científica de una nueva rama procesal vinculada a la constitución y bautizada por él mismo como derecho procesal constitucional⁴¹.

Sin embargo, son sus discípulos Cappelletti y Fix-Zamudio quienes dan fruto de aquella semilla plantada en tierra fértil por sus grandes maestros. Desde muy temprano en sus vidas académicas se conocieron y de la mano fueron construyendo desde Italia y México las bases científicas del derecho procesal constitucional a la luz de la utilización del método comparativo. Ambos, directores de importantes Institutos de derecho comparado: el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Florencia y el Instituto de Derecho Comparado (hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas) de la Universidad Nacional Autónoma de México. Procesalistas que a través del cultivo del derecho constitucional y del derecho comparado, inauguraron la corriente de lo que hoy podemos denominar «Derecho Procesal Constitucional Comparado». Su relación personal y académica fue siempre estrecha y de admiración mutua, como se evidencia en uno de los mejores libros sobre esta materia de Fix-Zamudio: *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*⁴² (preparado en ocasión de los veinticinco años del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), cuya dedicatoria expresa: «A Mauro Cappelletti, luchador infatigable por la defensa jurídica de la libertad».

En otro lugar nos ocupamos de la aportación de Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional⁴³. Ahora analizaremos brevemente la propuesta

⁴⁰ Sobre la aportación de Calamandrei a esta rama científica, véase el primer trabajo publicado por HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, «La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, op. cit., pp. 191 y ss.; así como los trabajos de CALAMANDREI: *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile. Con una lettera dedicatoria al prof. Enrico Redenti*, Padua, Cedam, 1950; «La Corte costituzionale e il processo civile», en *Studi giuridici in onore di Antonio Scialoja*, I, Milán Giuffrè, 1951; «Corte Costituzionale e Autorità giudiziaria», en *Revista di diritto processuale*, I, 1956, pp. 7-55 (existe traducción de Fix-Zamudio: «Corte Constitucional y autoridad judicial», en *Boletín de Información Judicial*, año XI, núms. 110-111, México, octubre-noviembre de 1956).

⁴¹ Alcalá-Zamora y Castillo así lo dejó ver en su obra *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944; y especialmente en su obra *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, México, 1947; y años después en su libro *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1975, p. 49; además, véanse también sus trabajos: «Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales», Madrid, 1933; «El derecho procesal en España, desde el advenimiento de la República al comienzo de la guerra civil», en *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, op. cit., publicado originalmente en italiano en la *Revista di Diritto Processuale Civile*, núm. 2, 1938, pp. 138-175.

⁴² México, UNAM, 1968.

⁴³ Cfr. EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, «Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho

metodológica para el análisis comparativo de Cappelletti, que utilizó en toda su obra, para luego entrar al análisis de sus aportaciones comparativas a la justicia constitucional.

5. DERECHO COMPARADO

La obra de Cappelletti está sellada con la utilización del método histórico comparativo. Así se advierte desde sus primeras publicaciones y a lo largo de toda su obra escrita⁴⁴. En general, la importancia creciente del derecho comparado en los estudios jurídicos según el profesor italiano, se debe a cuatro razones fundamentales: a) al aumento extraordinario de los intercambios económicos, culturales y personales entre las naciones y el consiguiente incremento de las relaciones jurídicas a nivel transnacional; b) la naturaleza transnacional de fenómenos relevantes, como la contaminación, relaciones en empresas transnacionales, asentamientos urbanos, comunicaciones, etc.; c) la afirmación de ciertos valores, especialmente los derechos humanos, lo que abre una dimensión transnacional e internacional del fenómeno; y d) la creación de organizaciones políticas y económicas multinacionales, como la Comunidad Europea, etc.⁴⁵.

El derecho comparado lo consideró esencialmente como un método y no propiamente como un derecho a comparar⁴⁶. Propuso seis etapas o momentos en el análisis comparativo, a saber: 1) el *tertium comparationis*, la ubicación de la necesidad o problema social real que comparar; 2) las soluciones jurídicas que los países han aportado para resolver el conflicto; 3) las razones explicativas (históricas, sociológicas, éticas, etc.) de las analogías y especialmente las diferencias de las soluciones adoptadas a un mismo problema; 4) advertir las tendencias evolutivas, que pueden ser convergentes o divergentes; 5) la valoración de las soluciones adoptadas

procesal constitucional», en JUAN VEGA GÓMEZ y EDGAR CORZO SOSA (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 187-210.

⁴⁴ Cfr., entre otras, MAURO CAPPELLETTI y A. PIZZORUSSO, *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milán, Giuffrè, 1982; MAURO CAPPELLETTI, «Il villaggio e il mondo: riflessioni di un trentino emigrato nel diritto comparato», en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1987, pp. 745 y ss.

⁴⁵ Particularmente véase el primer seminario impartido en la Facultad de Derecho de la UNAM a finales de noviembre de 1990: «El derecho comparado: método y finalidades (una propuesta metodológica)» y que se publicó junto con las demás seminarios y conferencias impartidas en la obra *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo. Cuatro estudios de derecho comparado*, trad. de Héctor Fix Fierro, México, Porrúa, 1993.

⁴⁶ Salvo algunas excepciones en donde consideró al derecho comparado como verdadera «fuente del derecho». Cfr. *ibidem*.

en cuanto a la eficacia o ineficacia para resolver la problemática inicial; y 6) la predicción de desarrollos futuros, de tal suerte que el comparatista se convierte en un «profeta científico», en la medida que puede evidenciar tendencias evolutivas a la luz de su valoración de los datos empíricos concernientes a su eficacia en la solución de los problemas⁴⁷.

A esta propuesta metodológica del análisis comparativo, añadía Cappelletti sus principales finalidades, partiendo de la base que «teoría» y «práctica» van de la mano, de tal suerte que estimó impropia cualquier teoría que no se basara en datos y fenómenos reales y del mismo modo pésima la práctica que careciera de un soporte teórico. Con esta idea general, señaló las finalidades prácticas y teóricas del análisis comparativo. Las primeras como instrumentos útiles y necesarios en la práctica jurídica internacional, y para la elaboración de proyectos de reforma jurídica. En el plano teórico, como instrumento de conocimiento puro, en la medida en que todo conocimiento es comparación, y especialmente cuando se utiliza para el diseño de ideas, filosofías político-sociales, ideologías, como por ejemplo, la idea de democracia, división de poderes, etcétera, a manera de un «laboratorio teórico» de un fundamento empírico concreto⁴⁸.

El método comparativo lo utilizó como sistema de estudio, en sus penetrantes trabajos sobre derecho procesal civil⁴⁹; y en general en los múltiples tópicos que abordó: acceso a la justicia, protección de intereses difusos y colectivos, defensa de los consumidores, medios alternativos de solución de controversias. Particularmente utilizó el método comparativo para el estudio de la justicia constitucional como veremos a continuación.

Una antología interesante sobre aspectos judiciales múltiples de su obra comparativa aparece en 1988: *The Judicial Process in Comparative Perspective*⁵⁰, en la cual se recogen ensayos publicados entre los años 1970 a 1988 y que fueron seleccionados por el propio Cappelletti. Varios de estos estudios se refieren al derecho procesal constitucional comparado.

6. MÉTODO COMPARATIVO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Desde muy temprano Cappelletti siguió el interés por la justicia constitucional, influenciado por su maestro Calamandrei, al haber publicado a

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Véanse, entre muchas otras, MAURO CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria Della utilizzazione predatoria del sapere delle parti nel processo civile*, II volúmenes, Milán, Giuffrè, 1959; *El valor de las sentencias y de las normas extranjeras en el proceso civil*, traducción al español por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1968.

⁵⁰ Edición con la colaboración de Paul J. Kollmer y Joanne M. Olson, prólogo de Sir Jack Jacob, prefacio por el propio Mauro Cappelletti, Oxford, Clarendon Press, 1988, 417 pp.

los veintiocho años y siendo todavía profesor asistente en la Universidad de Florencia, una excepcional obra de corte comparativo: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*⁵¹.

Esta obra tuvo una importante repercusión a nivel mundial en los años subsiguientes y constituye una aportación significativa y novedosa si se tiene en cuenta que aparece cuando se inicia la tendencia de la creación de las cortes constitucionales europeas. Especialmente al restablecerse la Corte Constitucional de Austria (1945) y con la creación de la italiana (1948) y alemana (1949), con un marcado énfasis en la necesidad de consolidar los instrumentos de protección de los derechos fundamentales. En sus conclusiones Cappelletti asevera que la *Verfassungsbeschwerde* que estudia en varios países constituye, siguiendo a Lechner, el «coronamiento del Estado de Derecho», ya que no sólo constituye un medio capaz de hacer efectivos los «derechos fundamentales», sino esencialmente un eficaz instrumento de equilibrio de los poderes, toda vez que el individuo puede convertirse en moderador de toda función pública. Por virtud de ese recurso se abre la posibilidad al individuo de convertirse en factor activo de la vida del derecho y del Estado, a través del mismo acto en el cual defiende sus intereses supremos, es decir, su libertad. Este recurso constitucional constituye, dice Cappelletti, «la posibilidad del individuo para poseer un instrumento de defensa contra la opresión de lo que le es sagrado». En el último párrafo de su estudio, con emoción y esperanza, resume el descubrimiento que representó la queja constitucional: «Tengo confianza que ahora, cuando nuestra institución se haya impuesto definitivamente, se reconocerá en ella, con seguridad, un medio para que la Constitución sea llevada al pueblo, al hombre, y para sustraerla de aquella suerte de irónico olvido que es el destino de las leyes que no se aplican; un método para dar al individuo el conocimiento de que todas las abstracciones —el estado, la ley, el derecho y los derechos— existen, para él, no por sí mismos, y que sólo en él existe la fuerza de despertarlas a la vida, por así decirlo, al hacerlas vivir con su propia vida del hombre; el medio, en fin de transformar a través del proceso, también en relación con los derechos supremos, «la lite violenta en la lite jurídica», el derecho de rebelión en el derecho de acción».

Obra pionera que podemos considerar el parteaguas del derecho procesal constitucional comparado. Fue traducida al español seis años después en México, por Héctor Fix-Zamudio bajo el título de *La Jurisdicción constitucional de la Libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*⁵². Fix-Zamudio deliberadamente y con autorización del pro-

⁵¹ Quaderni dell'associazione fra gli studiosi del processo civile, VII, *op. cit.*.

⁵² México, UNAM, 1961.

pio Cappelletti, cambia la expresión original del título referida a «las libertades» por la connotación «la libertad», para dar mayor amplitud y alcance a su significado, terminología esta última difundida en los años siguientes y que se sigue utilizando a comienzos del siglo XXI⁵³. Esta publicación debe considerarse como la obra inaugural sobre el estudio sistemático comparativo de los instrumentos procesales dirigidos a la protección de los derechos y libertades fundamentales desde su concepción científica, y especialmente la edición mexicana de 1961, al aparecer además como apéndice (más extenso que el propio libro de Cappelletti), un *Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana*, que constituye una ampliación y actualización de la tesis que para obtener el grado de licenciado en derecho elaborara Fix-Zamudio en 1955⁵⁴, y defendiera de manera sobresaliente en enero de 1956, trabajo dirigida por su maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que si bien se dirige a una exposición sistemática de las instituciones mexicanas, ha servido como punto de partida para sus futuras reflexiones sobre el derecho procesal constitucional como fenómeno científico.

Dos años después aparece su magistral obra *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*⁵⁵ en 1952, año en que inicia su labor docente como profesor de derecho procesal civil en la Universidad de Macerata y que continuara con posterioridad en la Universidad de Florencia. En esta obra se acerca el análisis del tradicional proceso civil con una perspectiva constitucional.

La preocupación por el estudio de los procesos constitucionales se aprecia con claridad desde sus primeros años de investigación, como se advierte cuando redactó la voz «Amparo» que aparece en 1958 en la *Enciclopedia del Diritto*⁵⁶, y que fue traducida al castellano en ese mismo año en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* en México⁵⁷.

En 1960 aparece su artículo «La justicia constitucional en Italia» en las Memorias del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal y II Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, que ya nos hemos referido con anterioridad⁵⁸. Y también en México, derivado de las conferencias que im-

⁵³ Véase, por ejemplo, el magnífico libro de corte comparativo de JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO, *La jurisdicción constitucional de la libertad. (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, prol. de Héctor Fix-Zamudio, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 4, México, Porrúa, 2005.

⁵⁴ *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana: un estudio procesal del amparo*, México, 1955.

⁵⁵ Milán, Giuffrè, 1957.

⁵⁶ Editada por Dott. Antonino Giuffrè, tomo I, 1958.

⁵⁷ «Voz Amparo», trad. de Héctor Fix-Zamudio en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XI, septiembre-diciembre de 1958, núm. 33, pp. 63-66.

⁵⁸ La crónica de ambos eventos, puede consultarse en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo X, *op. cit.*

partió en su viaje a nuestro país en 1965, aparece la publicación *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*⁵⁹. Una versión sintética y reelaborada apareció en Estados Unidos por el propio Cappelletti (junto con Jhon Clarke Adams) con el nombre de «Judicial Review of Legislation: European Antecedentes and Adaptation»⁶⁰; y dos años después en Italia bajo el título *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*⁶¹. Obra muy importante en la difusión del pensamiento de Cappelletti a nivel mundial, al haber sido traducida al alemán, inglés, español y japonés.

A iniciativa de Héctor Fix-Zamudio, esta última obra fue enriquecida con otros trabajos en la publicación mexicana de 1987 denominada *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*⁶², con prólogo del propio Fix-Zamudio; y que próximamente aparecerá en una nueva edición, publicada conjuntamente con la diversa obra *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*⁶³, en un solo libro⁶⁴. Se recopilan los estudios más importantes de su pensamiento sobre el derecho procesal constitucional a la luz del derecho comparado. Puede sostenerse, sin exageración, que la obra en mención representa uno de los libros más influyentes para la disciplina científica que estudia el fenómeno del proceso y la magistratura constitucionales. Sus aportaciones siguen teniendo vigencia y actualidad en los inicios del siglo XXI. Para una mayor claridad de las contribuciones de Cappelletti a la materia, en los siguientes epígrafes nos referiremos a los temas más importantes, teniendo en cuenta los siete apartados que se divide la obra en mención, que en realidad constituye la síntesis de su pensamiento sobre el derecho procesal constitucional.

La significativa labor comparatista de la jurisdicción constitucional se vio cristalizada con la extraordinaria obra *Judicial Review in the Contemporary World*⁶⁵, traducida a varios idiomas.

7. SECTORES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Mauro Cappelletti se refería a la justicia o jurisdicción constitucional, como «un fenómeno que hemos visto haberse ido extendiendo de manera

⁵⁹ Traducción de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, pról. de Ignacio Medina, *op. cit.*

⁶⁰ *Harvard Law Review*, Bobbs-Merrill, volumen 79, abril de 1966, núm. 6, pp. 1207-1224.

⁶¹ Milán, Giuffrè, 1968, con múltiples reimpresiones posteriores.

⁶² México, UNAM, 1987.

⁶³ Traducción de Héctor Fix Fierro, *op. cit.*

⁶⁴ MAURO CAPPELLETTI, *Obras: La justicia constitucional y Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2007.

⁶⁵ Indianapolis-Kansas City-New York, Bobbs-Merrill, 1971.

impresionante en el mundo contemporáneo, se expresa en verdad en lo que ciertamente es uno de los más fascinantes entre las instituciones jurídicas que jamás han sido inventadas por el ingenio del hombre, y ciertamente uno de los más significativos de la época en la que vivimos»⁶⁶.

Dentro de este marco, una de las preocupaciones y predilecciones de Mauro Cappelletti fue particularmente el estudio de las garantías jurisdiccionales de la libertad, entendidas como aquellos instrumentos jurídicos tendentes a la protección o restauración de los derechos fundamentales. En su primer obra de 1955 a que nos hemos referido en varias ocasiones y aparecida en México con el nombre de *La jurisdicción constitucional de la libertad*⁶⁷, externa la razón de ser de su primer estudio sistemático de estas garantías: poner de manifiesto la tendencia contemporánea de introducir mecanismos específicos de protección a los derechos y libertades fundamentales, como una propuesta para su incorporación en su natal Italia⁶⁸.

Cappelletti abordó el tema de la jurisdicción constitucional de la libertad en una doble dimensión. Por una parte, en sus múltiples estudios comparativos analizó los instrumentos de protección de los «derechos de libertad» en el ámbito nacional de los estados; y por la otra, como una manifestación supranacional o transnacional del fenómeno, se hizo cargo del estudio de las jurisdicciones internacionales que paulatinamente se fueron consolidando para proteger los derechos humanos previstos en determinados instrumentos internacionales, especialmente ante el desarrollo del derecho comunitario y la consolidación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Estrasburgo⁶⁹. Esta última preocupación fue muy novedosa al sentar bases para el estudio del derecho procesal transnacional⁷⁰.

La expresión sobre la «jurisdicción constitucional de la libertad» acuñada por Cappelletti, ha sido acogida desde hace tiempo por un sector importante de la doctrina constitucional, como por ejemplo, Fix-Zamudio⁷¹,

⁶⁶ CAPPELLETTI, *La justicia constitucional*, *op. cit.*, p. 110.

⁶⁷ *Op. cit.*

⁶⁸ Véase, especialmente el primer apartado de la introducción al referido estudio, pp. 1-14.

⁶⁹ Cfr. su obra *Proceso, ideología, sociedad*, *op. cit.*, especialmente la «Parte Segunda: La dimensión supranacional y constitucional», p. 295 y ss; así como sus ensayos «Justicia constitucional supranacional», trad. de Luis Dorantes Tamayo, *op. cit.*; «El tribunal constitucionario en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo», trad. de Jorge Rodríguez-Zapata, *op. cit.*

⁷⁰ Sobre el derecho procesal transnacional, véase la ponencia general presentada por Héctor Fix-Zamudio en el V Congreso Internacional de Derecho Procesal (Taormina, Septiembre de 1995).

⁷¹ Véanse, entre otros, *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2005, especialmente párrafo 184: «A) Jurisdicción constitucio-

Cascajo Castro⁷² y de manera recientemente por Brage Camazano⁷³. Fue el primero de los juristas, sin embargo, el que contribuyó a su consagración y divulgación. No sólo por haber traducido al castellano aquella clásica obra con una connotación más amplia que en el texto original, como ya quedó referido, sino particularmente al haberlo considerado como uno de los sectores de estudio de la nueva corriente científica denominada «Derecho Procesal Constitucional»⁷⁴.

Efectivamente, se debe al investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM la sistematización de esta disciplina en tres sectores, partiendo de la concepción de Cappelletti y desarrollando sus contenidos. Para Fix-Zamudio la materia de estudio del derecho procesal constitucional comprende el análisis de estas tres vertientes: la jurisdicción constitucional de la libertad, la jurisdicción constitucional orgánica y la jurisdicción constitucional transnacional.

La «jurisdicción constitucional de la libertad» se integra por «el conjunto de instrumentos jurídicos y predominantemente procesales dirigidos a la tutela de las norma constitucionales que consagran los derechos fundamentales de la persona humana en sus dimensiones individual y social»⁷⁵. Para el estudio del primer sector, el jurista mexicano adopta la clasificación de los instrumentos de protección de los derechos humanos de acuerdo a las regiones donde se originaron: a) sistema anglosajón (*habeas corpus, judicial review of legislation*); b) medios peculiares en los ordenamientos iberoamericanos (especialmente el derecho de amparo)⁷⁶; c) la de los tribunales constitucionales de Europa continental (recurso de constitu-

nal de la libertad», p. 79 y ss.; y *Derecho constitucional mexicano y comparado* (con Salvador Valencia Carmona), México, Porrúa-UNAM, 1999 (con varias ediciones posteriores), p. 203 y ss.

⁷² Cfr. «La jurisdicción constitucional de la libertad», en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 199, 1975, pp. 149-198.

⁷³ Cfr. BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de la libertad. (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 4, *op. cit.*

⁷⁴ En cuanto al desarrollo impresionante que ha adquirido esta materia como disciplina jurídica autónoma, remitimos a los múltiples autores que aparecen en la obra colectiva, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ta. ed., México, Porrúa, 2006, IV tomos.

⁷⁵ HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Derecho constitucional mexicano y comparado* (con Salvador Valencia Carmona), *op. cit.*, p. 204.

⁷⁶ El derecho de amparo, en su concepción de garantía constitucional contemporánea, tuvo su origen en México en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841 y luego de su incorporación a nivel federal en 1847 y con la Constitución federal de 1857, se fue expandiendo progresivamente. Para un panorama actual del amparo a nivel mundial, véase HÉCTOR FIX-ZAMUDIO y EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-Konrad Adenauer, 2005.

cionalidad —*Beschwerde*— o queja constitucional —*Verfassungsbeschwerde*— en Alemania, o el recurso o queja de derecho público suizo —*Staatsrechtliche Beschwerde*—); d) los instrumentos de protección de los ordenamientos socialistas (Fiscalía o *Prokuratura*); y e) el *Ombudsman* de tipo escandinavo (*Médiateur*, *Volksamtwaltschaft*, *Difensore Civico*, Defensor del Pueblo o Comisiones de los Derechos Humanos).

El sector de la «jurisdicción constitucional orgánica» está «dirigida a la protección directa de las disposiciones y principios constitucionales que consagran las atribuciones y competencias de los distintos órganos de gobierno, y en este sector podemos señalar la revisión judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, en especial el calificado como control abstracto de las propias normas generales (*abstrakte Normenkontrolle*), el cual puede resolver las controversias entre los diversos órganos del gobierno sobre el alcance de sus facultades para realizar actos y, en particular, para expedir disposiciones legislativas.» La vertiente del control judicial de la constitucionalidad de las leyes fue ampliamente estudiada por Cappelletti en su obra dedicada a la materia, desde sus remotos precedentes, hasta el surgimiento contemporáneo en Estados Unidos y sus diferencias con el desarrollo impresionante a partir del modelo original de Austria, su desenvolvimiento en Italia y Alemania, hasta su expansión europea, como pasaremos a ver en el siguiente epígrafe.

La «jurisdicción constitucional transnacional» se dirige a la aplicación de los instrumentos internacionales, ya sea en el nivel interno de los estados o bien en su dimensión internacional o transnacional, derivada de las jurisdicciones creadas para tales fines. Esto ha originado «conflictos entre la aplicación de las disposiciones constitucionales y las que pertenecen al campo transnacional, algunas de las cuales forman parte directa o por medio de mecanismos de incorporación, del orden jurídico interno»⁷⁷. En realidad este sector se traduce en una dimensión transnacional de la «jurisdicción constitucional de la libertad» y cobra especial importancia en materia de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos (europeo, interamericano y africano), lo que ha propiciado que se caracterice como un «Amparo Internacional»⁷⁸. Cappelletti analizó con detenimiento este fenómeno, no sólo por lo que hace a la Corte de Estrasburgo, que aplica una especie de *Bill of Rights* supranacional contenido en la Convención de Roma, sino también la función que desempeña la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo, al actuar

⁷⁷ HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Derecho constitucional mexicano y comparado* (con Salvador Valencia Carmona), *op. cit.*, p. 212.

⁷⁸ Véase el «Capítulo Cuarto» denominado «Amparo Internacional», de la obra HÉCTOR FIX-ZAMUDIO y EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, *op. cit.*, pp. 945-1220.

como órgano único y concentrado, con resoluciones con eficacia definitiva y unificadora, realizando una interpretación del derecho comunitario considerado como *lex superior*, encargado del control de la validez comunitaria de las leyes a través de un control disperso o difuso denominado «prejudicialidad comunitaria»⁷⁹.

A la clasificación anterior de Cappelletti y ampliamente desarrollada en los últimos cincuenta años por Fix-Zamudio, propongo un cuarto sector que denomino «derecho procesal constitucional local»⁸⁰. Este sector comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger ya no a las constituciones federales o nacionales, sino a los ordenamientos, constituciones o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas. Sector que tiene especialmente relevancia en los sistemas federales que han incorporado instrumentos de protección estatales, como en Argentina, Alemania y recientemente en México, que a partir del año 2000 se advierte como claramente esta tendencia, creándose en algunas entidades federativas «Salas Constitucionales» (Veracruz, Quintana Roo y Estado de México) o incluso recientemente un Tribunal Constitucional estadual (Chiapas)⁸¹.

Cabe destacar, como lo advierte Fix-Zamudio, que la clasificación anterior sólo obedece a su estudio conceptual, ya que en la *praxis* aparecen confundidos estos sectores, como por ejemplo, el Consejo Constitucional francés, que ha evolucionado como una jurisdicción constitucional de la libertad, no obstante su carácter original de instrumento de protección directa para el examen de la constitucionalidad de las leyes previa a su publicación.

8. EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Los diversos trabajos de Cappelletti sobre el tópico en cuestión fueron motivo de las conferencias que impartió en México en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México en 1965. Como hemos mencionado con antelación, quedaron reunidas al año siguiente en el volumen *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*⁸². Una versión sintética aparece en los Estados Uni-

⁷⁹ Cfr. MAURO CAPPELLETTI, *La justicia constitucional supranacional*, *op. cit.*

⁸⁰ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, *op. cit.*, pp. 53-54; y nuestro trabajo: «Hacia un derecho procesal constitucional local en México», en *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 229-245.

⁸¹ Para una panorámica actual del desarrollo del derecho procesal constitucional local, véase MANUEL GONZÁLEZ OROPEZA y EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006.

⁸² Traducción de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, *op. cit.*

dos en ese mismo año⁸³ y luego ampliada en Italia en 1968⁸⁴. Esta última versión se publica en México 1987 en un colectivo sobre *La justicia constitucional*⁸⁵ y aparecerá próximamente una nueva edición en 2007⁸⁶. En estos volúmenes se concentran sus estudios sobre el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y a continuación reseñamos sus aportaciones fundamentales.

A) Control judicial y control político

En primer lugar, Cappelletti encuadra la institución del control judicial de las leyes dentro del derecho procesal constitucional (o como prefiere denominarlo «justicia constitucional») y cómo se distingue de fenómenos coligados, afines o contrapuestos a esta figura. Así la distingue del juicio de amparo mexicano, que si bien funciona como «amparo contra leyes», asevera el profesor italiano y siguiendo los trabajos de Fix-Zamudio, que lo cierto es que el núcleo originario de la institución es el «amparo como garantía de los derechos de la libertad». También distingue la institución de estudio con otras manifestaciones como el control sobre la legitimidad constitucional de los partidos políticos que conoce el Tribunal Constitucional Federal alemán o los juicios sobre los «conflictos de atribución» que conoce la Corte Constitucional italiana.

Delimitado el objeto de estudio, Cappelletti analiza de manera profunda la manera en que surgen los controles de constitucionalidad de las leyes, así como su desarrollo y adaptación en los países americanos y europeos. De esta forma puede advertir aquellos sistemas que adoptan el control judicial y los que siguen el control político, desde Francia hasta los realizados por los antiguos países socialistas. Es curioso observar el detallado estudio comparativo que realiza, entrando incluso al análisis del control constitucional y legal, como la función original y evolutiva de la *Cour de Cassation*⁸⁷.

B) Antecedentes históricos

Cappelletti estudia algunos precedentes históricos del control judicial de constitucionalidad de las leyes. Para ello estima parcialmente cierto el

⁸³ Junto con J. C. ADAMS, «Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptation», en *Harvard Law Review*, vol. 79, núm. 6, *op. cit.*

⁸⁴ *Op. cit.*

⁸⁵ *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, *op. cit.*

⁸⁶ En la publicación conjunta de dos de sus libros: *Obras: La justicia constitucional y Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2007.

⁸⁷ MAURO CAPPELLETTI, *La justicia constitucional*; véase el capítulo primero: *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, *op. cit.*, p. 17 y ss.

fundamento histórico de la tesis de James Allan Clifford Grant relativa a que el control judicial de las leyes en una contribución de las Américas a la ciencia política⁸⁸. Considera que si bien es cierto que antes de la *judicial review (of the constitutionality of legislation)* derivada de la famosa resolución del *Chief Justice John Marshall*, en *Marbury vs. Madison* de 1803, no existió en Europa un tipo de control de esa naturaleza, también lo es que en otros y más antiguos sistemas jurídicos existía una especie de supremacía constitucional de ley o de conjunto de leyes, que con la terminología moderna pueden llamarse «constitucionales» o «fundamentales» respecto de las otras leyes «ordinarias». De esta forma Cappelletti estudia tres antecedentes en la historia antigua, en la época medieval y en la moderna. En la primera se refiere al precedente ateniense, de la superioridad y rigidez del *nómos* (ley constitucional) con respecto del *pséfisma* (decreto), debiendo éste ajustarse a aquél para que fuera legal. El efecto del *pséfisma* contrario al *nómos* consistía en una responsabilidad penal de quien había propuesto el decreto a través de una acción pública de un año denominada *grafé paranónon*, además de derivarse, por fuerza de principio, la invalidez del decreto ilegal, es decir, contrario al *nómos*. El segundo precedente lo encuentra en la edad media y especialmente en la forma en que se concebía el derecho y la justicia derivada de la escuela iusnaturalista de los siglos XVII-XVIII. Así lo advertía, por ejemplo, de la doctrina de la «*Hereuse impuissance*» del rey de violar las «*lois fondamentales du royaume*». La concepción del *jus naturale* ligada con el pensamiento de Platón y de Aristóteles, y particularmente de la doctrina tomística, los filósofos estoicos y a Cicerón, de alguna forma constituía un precedente valioso de lo que siglos después se consolidó en el control de la constitucionalidad de las leyes. Cappelletti, sin embargo, se preguntaba: ¿cuál ha sido el precedente inmediato, el que más pudo haber influido en la institución norteamericana? Para el jurista italiano lo fue la batalla de Lord Edward Coke por la supremacía del *common law*, verificada por los jueces sobre el rey y el parlamento. Menciona el célebre *Bonham's Case* y no obstante la doctrina de Coke emanada de este caso y entendida como instrumento de lucha contra el absolutismo del rey o del parlamento, en Inglaterra se consolidó la supremacía del parlamento a partir de la revolución de 1688. Esta paradoja la pone de manifiesto Cappelletti, al advertir que la supremacía del parlamento inglés no se instauró en los Estados Unidos, como sí sucedió con la doctrina de Lord Coke. Las colonias inglesas de América en 1776 proclamaron su independencia de Inglaterra, y «uno de los primeros actos de independencia fue aquel de sustituir a las

⁸⁸ Cfr. JAMES ALLAN CLIFFORD GRANT, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM-Facultad de Derecho, 1963.

viejas «cartas» coloniales, por las nuevas Constituciones, entendidas como las leyes fundamentales de los nuevos Estados independientes. Y como, anteriormente, nulas y no aplicables habían sido consideradas por los jueces las leyes contrarias a las «cartas» coloniales y a las «leyes del Reino»; así no es de asombrarse ciertamente que la misma nulidad y no aplicabilidad debiese afirmarse después, y con mucha mayor razón, para las leyes contrarias a las nuevas y victoriosas Cartas constitucionales de los estados independientes»⁸⁹. De esta forma estima que el antecedente directo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes se debe a la doctrina de Sir Edward Coke, que se instaló en los Estados Unidos y paradójicamente en Inglaterra y ahora en sus ex colonias ha prevalecido la «supremacía del parlamento» y no la de los jueces. Este temor del «gobierno de los jueces» se acentuó también en Francia⁹⁰.

C) Tipologías

Una contribución notable del jurista italiano, es el análisis estructural-comparativo de los modernos métodos de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. Esto es, al sometimiento del fenómeno en cuestión a un «panorama tipológico», bajo tres aspectos: i) El perfil «subjetivo», referido a los órganos a los cuales corresponde el poder de control; ii) el perfil «modal», relativo al modo como la cuestión de constitucionalidad es planteada y resuelta; y iii) el perfil «funcional», que se dirige a los efectos de la decisión judicial de la cuestión de constitucionalidad, en un doble aspecto: sea respecto a la ley sometida al control o sea respecto al caso concreto en el cual la cuestión de constitucionalidad se haya presentado eventualmente⁹¹.

En cuanto al primer elemento «subjetivo» u «orgánico», parte de la distinción clásica entre los dos sistemas de control judicial de la legitimidad constitucional de las leyes. El sistema «difuso» o «americano» o «norteamericano» como prefiere denominarle Cappelletti, en el cual «el poder de control corresponde a todos los órganos judiciales de un ordenamiento jurídico dado, que lo ejercitan incidentalmente, en ocasión de la decisión de las causas de su competencia»⁹². Y el sistema «concentrado», también llamado «austríaco», debido al prototipo previsto por la Constitución austríaca de 1º de octubre de 1920, formulada bajo un proyecto elaborado por

⁸⁹ CAPPELLETTI, *La justicia constitucional*, op. cit., p. 57.

⁹⁰ Cfr. MAURO CAPPELLETTI, «Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional», traducción de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, en LOUIS FAVOREU (editor), *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 599-662, véanse pp. 560-561.

⁹¹ *Op. ult. cit.*, p. 60.

⁹² *Ibidem*.

Hans Kelsen, sistema en el cual el poder de control se concentra en un único órgano judicial que tiene la posibilidad de declarar la invalidez de la norma con efectos generales.

Estos dos sistemas experimentaron una expansión impresionante en la mayoría de los países del mundo. Por una parte, el sistema difuso se expandió principalmente en las ex colonias inglesas, como Canadá, Australia y la India, o incluso se importó a la Constitución nipona de 3 de mayo de 1947. Cappelletti señala antecedentes del control difuso en Europa, aunque limitados. Por ejemplo, en el derecho suizo, que paralelamente al recurso directo ante el Tribunal federal, se da la posibilidad de que los jueces no apliquen las leyes cantonales contrarias a la Constitución federal; y en los derechos noruego, danés y sueco, se estableció un poder prudente de los jueces para controlar la conformidad de las leyes con la Constitución y, por consiguiente, desaplicando al caso concreto la ley estimada inconstitucional. También estudio algún caso curioso de control difuso en Alemania en la época de la Constitución de Weimar y en Italia en los años de 1948 y 1956, hasta que inició sus funciones la Corte constitucional.

En contrapartida, el sistema concentrado se fue expandiendo, primero en las breves experiencias en Checoslovaquia en 1920 y en España en la II República española de 1931, y luego de manera progresiva en la Constitución de la República italiana de 1º de enero de 1948, en la Constitución de Bonn del 23 de mayo de 1949, en la Constitución de la República de Chipre de 16 de agosto de 1960, en la Constitución de la República Turca de 9 de julio de 1961 y en la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de 7 de abril de 1963.

Una vez manifiesta la expansión de los dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, Cappelletti trata de explicar la *ratio* de las mismas. En el sistema difuso, señala que la doctrina que lo inspira es de una simplicidad extrema (diríamos nosotros simplicidad práctica), surgida de la famosa sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803, que ya con anterioridad había sido puesta de manifiesto por Alexander Hamilton en *The Federalist*. Marshall en su fallo razona: «la función de todos los jueces es aquella de interpretar las leyes con el fin de aplicarlas a los casos concretos sometidos a su juicio de vez en cuando: uno de los cánones más obvios de la interpretación de las leyes, es aquel según el cual, cuando dos disposiciones legislativas estén en contraste entre ellas, el juez debe aplicar la preponderante»⁹³. Empero, Cappelletti se pregunta ¿cuál fue la razón por la cual no se aplicara este sistema en Europa?

Analizando las experiencias de Noruega, Dinamarca, Suecia, Japón y de algún modo en Alemania (Constitución de Weimar) e Italia (1948-56),

⁹³ *Idem*, p. 67.

que introdujeron temporalmente el sistema del control difuso de constitucionalidad de las leyes, Cappelletti llega a la conclusión del fracaso de su instauración debido a la inexistencia en Europa del principio del *stare decisis*, prevaleciente y aceptado en el sistema norteamericano, consistente en el vínculo del precedente. Los inconvenientes prácticos se advertían ante la inaplicabilidad de un precepto derivada de su inconstitucionalidad, que al no existir la fuerza del precedente obligatorio, se tenía nuevamente que instaurar juicios para lograr la desaplicación del precepto en el caso particular, lo que evidentemente generaba conflictos entre órganos e incertidumbre jurídica. Advierte cómo aquél principio del *stare decisis* en realidad opera de manera semejante al juicio de inconstitucionalidad de la ley, debido a su eficacia *erga omnes*, no limitándose al mero efecto de desaplicación de la ley a un caso concreto, sino de que en futuros casos no se vuelva a aplicar de nuevo, de tal suerte que si bien la ley permanece «*on the books*» en la práctica es una «*a dead law*». En definitiva, se convierte en una verdadera y propia anulación de la ley y además generalmente con efectos retroactivos. Ante la ausencia de este mecanismo de precedente obligatorio, se diseñó en Austria el modelo de control constitucional de las leyes bajo un órgano judicial único, seguido por muchos países europeos, ideado expresamente para realizar el control normativo (*Normenkontrolle*) y que se fueron otorgando otras funciones de garantía constitucional: composición de conflictos entre órganos del estado, juicio a altos funcionarios, examen de constitucionalidad de los partidos políticos, etc. También se prefirió que los jueces no sean preferentemente «de carrera judicial» nombrados con procedimientos especiales por los órganos supremos legislativo y judicial⁹⁴.

El estudio de Cappelletti no se detiene en los dos sistemas de control mencionados, sino que estudia detenidamente las razones históricas e incluso ideológicas del sistema político (preventivo) que adoptó Francia, especialmente refiriéndose al mal recuerdo de las interferencias de los jueces franceses antes de la Revolución. Partiendo de los antecedentes de las Constituciones de los dos Napoleones, de 1799 y 1852, que contemplaban el *Sénat Conservateur*, pasando por el Comité Constitucional de la Constitución de la IV República de 27 de octubre de 1958, hasta la adoptada por la Constitución de la V República del 4 de octubre de 1958, en el que se confía el control de constitucionalidad, vía preventiva, al *Conseil constitutionnel*. De este repaso a los distintos medios de control, el jurista italiano concluye cómo las modernas Constituciones europeas de algún modo han optado por una «solución intermedia» entre la francesa y la norteamericana.

⁹⁴ *Idem*, pp. 71-83.

americana, al incorporar un sistema de control judicial, aunque de manera con-centrada la constitucionalidad de las leyes⁹⁵.

La segunda tipología que propone Cappelletti es bajo el perfil «modal». Desde este ángulo realiza el examen comparativo del modo o manera en que las cuestiones de constitucionalidad de las leyes son planteadas. Partiendo de la clásica caracterización de Calamandrei⁹⁶, en el sistema «americano» conforme al anterior análisis «subjetivo», se trata de un carácter de control judicial «difuso», ahora ateniendo al enfoque «modal» tiene carácter de un control que se ejercita por la vía incidental o «de excepción». De tal manera que las cuestiones de constitucionalidad de las leyes no pueden ser planteadas por la «vía principal» en un proceso constitucional autónomo, sino que en ocasión de una controversia concreta común (civil, penal, etc.), cuya competencia corresponde al juez ordinario, de manera *incidenter* «y sólo en tanto, en cuanto la ley, de cuya constitucionalidad se discute, sea relevante para la decisión de aquel caso concreto»⁹⁷. En estos casos, las autoridades o terceros interesados, no en calidad de partes, sino por el interés público de la constitucionalidad de la ley sometida a examen, pueden formular «*amicus curiae brief*», consistente en escritos para auxiliar al juzgador en su análisis.

En cambio, en el sistema «austríaco» (llamado por Cappelletti como «europeo» debido a su extensión en ese continente) se caracteriza por ser «concentrado», bajo esta caracterización el control que se ejerce es por vía principal. Así se prevé desde que en Austria se crea una Alta Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) con poder de control de constitucionalidad de las leyes, a través de una acción autónoma que se ejercita por determinados órganos políticos. A diferencia de los Estados Unidos, el control se realiza desvinculado de cualquier caso concreto y por la «vía directa», dando lugar a un proceso constitucional ex profeso para decidir sobre la constitucionalidad de la ley. En el sistema austríaco, el control de constitucionalidad de las leyes sólo podía realizarse por la Corte constitucional a través de una acción especial que sólo podía ser ejercitada «por parte de aquellos órganos, no judiciales, sino políticos, que estaban indicados por la Constitución, o sea por parte del Gobierno federal (*Bundesregierung*) tratándose de pedir el control de la legitimidad constitucional de leyes de los Länder (*Landesgesetze*), y por parte de los gobiernos de los Länder (*Landesregierungen*) tratándose del control de leyes federales. No existía plazo para el ejercicio de la acción de los órganos políticos, siendo los únicos entes legitimados»⁹⁸.

⁹⁵ *Idem*, pp. 85-86.

⁹⁶ Cfr. *La illegittimità costituzionale delle leggi*, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

⁹⁷ CAPPELLETTI, *La justicia constitucional*, *op. cit.*, p. 88.

⁹⁸ *Idem*, p. 90.

Este sistema pronto encontró insuficiencias. A partir de la ley de reforma constitucional (*Bundesverfassungsnovelle*) de 1929, el sistema austríaco se modificó, ampliándose la legitimación para el control de constitucionalidad de las leyes a dos altos órganos judiciales superiores: Corte Suprema para causas civiles y penales (*Oberster Gerichtshof*), y la Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*). En estos dos casos no se permite una acción directa, como sucede con la legitimación de los órganos políticos mencionados. El control de la constitucionalidad se realiza vía incidental, derivada de una causa concreta. De tal suerte que a partir de la *Novelle* de 1929, el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes en Austria adquiere una caracterización de «híbrido» en la medida en que se permite la «vía directa» en un proceso autónomo y cuyos sujetos legitimados son órganos políticos, y la «vía incidental» derivada de un caso concreto cuya cuestión de constitucionalidad sea relevante, que pueden elevar dos altas Cortes. Estas Cortes, como en el sistema americano, tienen la obligación de no aplicar las leyes cuya constitucionalidad está en duda. Sin embargo, no deciden sobre el problema constitucional, sino lo plantean ante la Corte Constitucional⁹⁹.

El profesor italiano con agudeza advierte el defecto del sistema original austríaco, debido a la limitada legitimación procesal a determinados órganos políticos, quedando parcialmente subsanada en la reforma constitucional de 1929, al permitir el control a dos órganos judiciales superiores. Sin embargo, también advierte de las inconveniencias de este nuevo sistema. En sus propias palabras, señala que «también con la reforma de 1929 el defecto, un cuanto atenuado, no ha sido abolido del todo. En efecto, se debe repetir que, entre todos los órganos de la justicia civil, penal y administrativa, solamente a las dos cortes superiores arriba mencionadas es reconocida aquella legitimación. Todos los otros jueces deben, aplicar irremediamente, las leyes a los casos concretos sometidos a su juicio, sin la posibilidad de evitar la aplicación ni tampoco de aquellas leyes, que sean consideradas por ellos manifiesta y microscópicamente inconstitucionales: con el serio inconveniente de que en un proceso civil, penal, o administrativo, solamente en la fase final (y eventual) que se desenvuelve ante la *Oberster Gerichtshof* o la *Verwaltungsgerichtshof* podrá ser, finalmente, aplicada una ley la cual, aun cuando por casualidad manifiestamente inconstitucional, debió ser aplicada por el contrario necesariamente por la leyes inferiores»¹⁰⁰.

La deficiencia del sistema anotada fue evitado en la Constitución italiana de 1948 y en la Constitución de Bonn de 1949. En Alemania y en

⁹⁹ *Idem*, p. 92.

¹⁰⁰ *Idem*, pp. 92-93.

Italia, a diferencia del sistema narrado de Austria, todos los jueces ordinarios tienen el poder de someter la cuestión de constitucionalidad a sus respectivas Cortes constitucionales, cuya decisión final tiene eficacia vinculante. El proceso ordinario se suspende hasta que la cuestión prejudicial de constitucionalidad sea resuelta. Tanto en el sistema alemán como en el italiano, también el control de la constitucionalidad puede plantearse por la «vía principal». En Italia tienen acción directa los órganos gubernamentales de las Regiones, tratándose de leyes nacionales o regionales cuando estimen que invaden la esfera de su competencia; y el Gobierno central, cuando estime la inconstitucionalidad de las leyes regionales. En Alemania es más extensa la legitimación, al permitirse acción directa ante el Tribunal Constitucional federal, el Gobierno federal, los gobiernos de los *Länders*, un tercio de los miembros del parlamento *Bundestag*. Incluso la legitimación se extiende a particulares cuando se trate de leyes que estimen como violación inmediata y actual de un derecho fundamental¹⁰¹.

De ahí que Cappelletti considere en estos casos existe un acercamiento al sistema «americano» al otorgar legitimación a todos los jueces para plantear la cuestión de la constitucionalidad de las leyes vía incidental, como en los Estados Unidos; empero también una notable influencia del sistema originario «austríaco», en la medida en que coexisten acciones autónomas de determinados órganos no judiciales o incluso particulares, para plantear el problema de constitucionalidad directamente ante la respectiva Corte Constitucional. Es por ello que el jurista italiano considere estos sistemas más completos (pero más peligroso) que el típico sistema «americano», debido que algunos problemas constitucionales nunca podrán ser resueltos por la vía jurisdiccional¹⁰², al no poderse plantearse problemas constitucionales en abstracto, siendo cuestiones «non-justiciable political questions». Esta última observación debe matizarse, debido a la paulatina apertura de la resolución de las cuestiones políticas vía judicial. En la actualidad aquí encontramos el balance que debe imperar en los tribunales constitucionales. Por una parte su prudente actuación (*self restraint*) y por la otra su activa y creativa participación (especialmente en materia de derechos fundamentales) para dar contenido normativo a la Constitución.

La tercera y última propuesta tipológica de Cappelletti, se refiere a la modalidad «funcional», es decir, en el análisis del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes bajo el perfil de los efectos de los pro-

¹⁰¹ *Idem*, p. 94.

¹⁰² Cappelletti menciona, por ejemplo, el caso en el cual una ley federal viole la esfera de competencia constitucional de un Estado miembro, en donde no podrá ejercitarse algún control judicial de constitucionalidad en un sistema donde se requiere que el planteamiento provenga de un caso concreto particular. Cfr. *Idem*, p. 96.

nunciamentos. Este es una de las temáticas más interesantes que presenta el derecho procesal constitucional de nuestros días, debido al papel de «legisladores positivos» que caracterizan a los tribunales constitucionales, especialmente los europeos. Cappelletti, siguiendo el inicial estudio kelseniano en cuanto a los efectos del pronunciamiento constitucional¹⁰³, pone de manifiesto como en el sistema «austríaco», la ley inconstitucional es «absolutamente nula» y por ello «ineficaz», por lo que el juez que ejercita el poder de control no anula, sino «declara» su (preexistente) nulidad. Esto permite coherentemente que la eficacia «declarativa» del pronunciamiento opere en línea de principio *ex tunc*, esto es, retroactivamente. De ahí que Calamandrei caracterizara a este sistema como «declarativo» en contraposición del «constitutivo» que rige en el sistema austríaco¹⁰⁴. Cappelletti ilustra este último sistema, advirtiendo que la ley «una vez dictada la resolución de inconstitucionalidad es quitada de en medio para todos, del mismo modo como si hubiese sido abrogada por una ley posterior; y por el contrario vuelven a entrar en vigor —salvo que la Corte constitucional disponga en sentido diverso— aquellas disposiciones legislativas, que preexistían a la ley inconstitucional (artículo 140, sección 4ª, de la Constitución austríaca)»¹⁰⁵.

En este último sistema, no se declara la nulidad sino simplemente la anula y será siendo válida y eficaz hasta en tanto no sea publicada su inconstitucionalidad. La Corte austríaca puede incluso disponer de la fecha a partir de la cual opere la anulación, siempre y cuando la eficacia constitutiva de la pronunciación misma no sea superior a un año (seguido por algunos países originalmente como Turquía y Yugoslavia). Al ser nula la ley inconstitucional, en contrapartida del sistema «americano» que operan los efectos *ex tunc*, en el sistema «austríaco» la eficacia del pronunciamiento de inconstitucionalidad opera *ex nunc*, directamente *pro futuro*, lo que excluye generalmente la eficacia retroactiva de la anulación¹⁰⁶.

Otra distinción advertida por Cappelletti entre estos dos sistemas en esta modalidad «funcional», se refiere a los alcances generales o particulares del fallo, que Calamandrei caracterizaba como «general» y «particular». De tal suerte que en el sistema austríaco opera la eficacia *erga*

¹⁰³ Cf. los trabajos traducidos al español de HANS KELSEN: «La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional», trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2001, especialmente pp. 82-87; *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. y notas de Roberto J. Brie, estudio preliminar de Guillermo Gasión, Madrid, Tecnos, 1995; y «El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austríaca y norteamericana», trad. de Domingo García Belaunde, en *Ius et Veritas*, año IV, núm. 6, Lima, PUCP, junio de 1993, pp. 81-90.

¹⁰⁴ Cfr. PIERO CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, op. cit., pp. 5 y ss.

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, *La justicia constitucional*, op. cit., p. 100.

¹⁰⁶ *Idem*, pp. 100-101.

omnes, una eficacia general (*Allgemeinwerking*), en contrapartida del sistema americano que produce una eficacia *inter partes*, limitada al caso concreto (*Individualewirkung*). En México se adoptó este sistema, como lo refiere Cappelletti (que lo cataloga como original), al establecerse la llamada «fórmula Otero» o «principio de la relatividad de las sentencias de amparo», que debe desaparecer para la subespecie de amparo contra leyes, como lo ha puesto en evidencia la mejor doctrina y se propone acertadamente en el anteproyecto de nueva ley de amparo¹⁰⁷. En realidad el sistema «americano» en su concepción original, debe atenuarse debido a la implantación del principio del *stare decisis* que permite a la Corte Suprema de los Estados Unidos la vinculación de sus fallos, situación que también adquiere matizaciones con el amparo mexicano debido a la figura de la suplencia de la queja deficiente introducida en 1951 y de la obligatoriedad de la jurisprudencia, tan siquiera para órganos judiciales inferiores¹⁰⁸.

El caso italiano y alemán, ampliamente estudiado por Cappelletti, presenta una diferencia importante del señalado sistema imperante en Austria en cuanto a los efectos de la declaración. En Italia y con mayor intensidad en Alemania, la eficacia de la sentencia opera *ex tunc*, esto es, también para el pasado. La retroactividad en estos casos es similar a la producida en el sistema americano, en la que se estima que el sólo hecho de la inconstitucionalidad sea causa de nulidad absoluta y, por consiguiente, de ineficacia *ipso iure* de las leyes. Por supuesto que estos principios de operatividad hacia el futuro o de manera retroactiva, deben estimarse matizados en la actualidad. Así, con realismo jurídico, en Alemania e Italia donde se consolidó la doctrina de que la ley inconstitucional sea *ab origine* nula e ineficaz, puede darse también la eficacia *pro future*¹⁰⁹, para evitar incertidumbre en la paz social y la estabilidad de las relaciones y

¹⁰⁷ Sobre este anteproyecto de nueva Ley de Amparo, véanse, entre otros, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, «Hacia una nueva Ley de Amparo», en *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, 2000, pp. 287-338; y ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARRERA, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 55 y ss.

¹⁰⁸ Así lo advierte CAPPELLETTI en su obra: *La justicia constitucional*, *op. cit.*, p. 101 y nota 11, consultando las obras de HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, pp. 189-190, 296-301, 403 y ss., y 406-408; y la obra de JUVENTINO CASTRO Y CASTRO, *La suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo*, México, Jus, 1953, p. 59.

¹⁰⁹ Esto puede suceder, menciona Cappelletti, «cuando una ley ha sido aplicada por mucho tiempo pacíficamente por todos los órganos públicos y sujetos privados, por ejemplo, puede suceder que un funcionario, elector o designado con base en una ley declarada inconstitucional desde hace mucho tiempo, haya trabajado largamente en aquella su función; o que el Estado por muchos años haya recaudado un cierto tributo, o bien que un sujeto privado haya cobrado una pensión o estipulado determinados contratos, siempre sobre la base de una ley que ha resultado inconstitucional posteriormente». Cfr. *La justicia constitucional*, *op. cit.*, pp. 104-105.

mutaciones jurídicas. Y viceversa, en Austria se ha matizado también la fórmula *ex nunc*, especialmente a partir de la reforma constitucional de 1929 que incorpora la posibilidad de introducir la cuestión de inconstitucionalidad por determinadas altas Cortes, lo que motivó la necesidad de introducir también los efectos retroactivos.

En general, uno de los aspectos esenciales en la discusión y estudio contemporáneo del derecho procesal constitucional, lo constituye el aspecto «funcional» a que se refiere Cappelletti, dada la rica y variada tipología de las sentencias constitucionales.

D) Otros problemas

Además de los tres perfiles señalados, el destacado jurista italiano deja ver otros interesantes problemas vinculados al control judicial de la constitucionalidad de las leyes. El fenómeno bajo el perfil de la «técnica procesal» fue desarrollado en su ponencia presentada en México en el Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal¹¹⁰. Cappelletti en este sentido sigue a Francesco Carnelutti¹¹¹, que consideraba a la jurisdicción constitucional como una jurisdicción no contenciosa, una manifestación de la «jurisdicción voluntaria»¹¹². Tesis minoritaria que ha tenido pocos seguidores, debido a que el proceso constitucional adquiere dimensiones esencialmente jurisdiccionales, con independencia de la intervención formal de las partes.

Otros problemas señalados por el jurista italiana ante el fenómeno en estudio son: a) los relativos a la especificidad en la interpretación de las normas constitucionales, temática que se encuentra en la actualidad en el centro del debate no sólo del constitucionalismo y del derecho procesal constitucional contemporáneos, sino en general de la teoría del derecho y estrechamente vinculados a la propia legitimación democrática de los jueces constitucionales como veremos en el siguiente epígrafe¹¹³; b) el tipo de control de la constitucionalidad «formal» o «material» de las leyes. El primer caso se refiere a la observancia de las formalidades esenciales que la ley prescribe para la formulación, promulgación y publicación de las leyes, mientras que el segundo se refiere al control sobre el contenido mis-

¹¹⁰ Cfr. las memorias de estos eventos, publicados la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo X, enero-diciembre de 1960, *op. cit.*; el ensayo de CAPPELLETTI, «La justicia constitucional en Italia», aparece en pp. 151-168.

¹¹¹ Véase, entre otros, su trabajo *Lecciones de derecho procesal penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, vol I., 1950, pp. 155 y ss.

¹¹² Cfr. *op. ult cit.*, p. 162.

¹¹³ Para una aproximación al tema, véase la obra colectiva que recoge importantes ensayos de autores americanos y europeos sobre la especificidad de la interpretación constitucional: EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Interpretación Constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, II vols.

mo de la ley; y c) el problema de gran importancia práctica y también ideológica de la publicidad de los votos disidentes, que en ciertos países, como en Italia, no son permitidos a los jueces constitucionales¹¹⁴.

A manera de conclusión de este apasionado apartado, concluimos con las palabras del propio Cappelletti: «Es precisamente en la garantía de una legalidad superior, que el control judicial de constitucionalidad de las leyes encuentra su razón de ser: y se trata de una garantía que ahora ya es considerada por muchos como un importante, si no necesario, coronamiento del Estado de derecho y que, contrapuesta a la concepción del Estado absoluto, representa uno de los valores más preciosos del pensamiento jurídico y político contemporáneo»¹¹⁵.

9. LOS PODERES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y SU LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA

La preocupación de Cappelletti no sólo se dirigió a la función de los tribunales constitucionales, la forma y el tipo de control. Estudió también con profundidad en varios ensayos la dimensión y facultades de los poderes del juez constitucional, algunos de ellos recopilados en la obra preparada por el recientemente desaparecido constitucionalista francés Louis Favores con el título precisamente de *Le pouvoir des juges. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*¹¹⁶; y especialmente en su importante su ensayo sobre «La actividad y los poderes del juez constitucional en relación con su fin genérico (naturaleza tendencialmente discrecional de la providencia de actuación de la norma constitucional»¹¹⁷.

El profesor italiano participó en un importante congreso celebrado en Florencia en 1981 bajo el título «Tribunal constitucional y desarrollo de la forma de gobierno en Italia». Si bien los participantes se centraron al caso italiano, resultan de relevancia las ponencias de los distinguidos profesores al dirigirse esencialmente a los problemas que atañen a la cuestión de la «politicidad» o «creatividad» del juez constitucional¹¹⁸. Al haber sido

¹¹⁴ Véanse estos problemas en CAPPELLETTI, *La justicia constitucional*, op. cit., pp. 107-111.

¹¹⁵ *Op. ult. cit.*, p. 110.

¹¹⁶ Traducción al francés por René David, prefacio de Louis Favores, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, Economica, 1990. En esta obra se recopilan siete ensayos de Cappelletti referidos al tema que engloba su título.

¹¹⁷ Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, en MAURO CAPPELLETTI, *Proceso, ideologías, sociedad*, op. cit. pp. 366-452; reproducido en México en su obra *La justicia constitucional*, op. cit., pp. 115-191.

¹¹⁸ Cfr. su trabajo «El tribunal constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento cunitario europeo», trad. de Jorge Rodríguez-Zapata, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 4, Madrid, enero-abril de 1982; reproducido en la obra *La justicia constitucional*, op. cit., p. 283 y ss.

superadas las tesis relativas a la naturaleza mecánica de la función judicial como meros aplicadores del derecho, el comparatista italiano estima que el carácter de lo político queda reducido a una mera graduación «cuantitativa» del grado de creatividad. Creatividad más acentuada en la actividad del legislador que en la del juez ordinario, aunque más marcada en el quehacer del juez constitucional debido que tiene que operar con normas-principio. La tesis central de Cappelletti consiste en que la interpretación del juez constitucional tiene inevitablemente una discrecionalidad considerable¹¹⁹. Y especialmente cuando se trata de los derechos fundamentales y libertades públicas. Lo que caracteriza la función judicial, señala, «y la diferencia de la legislativa o la administrativa, es la presencia de las llamadas durante varios siglos garantías de «justicia natural» (*nature justice*). Tales garantías consisten, en primer lugar, en el hecho de que el juez, por serlo y mientras lo sea, no puede actuar de oficio, sino sólo a instancia de las partes de la relación litigiosa o de sus representantes (*nemo iudex sine actore, ubi non est actio non est iurisdictio, wo kein Kläger da ist auch kein Richter*). De ello resulta que el juez es, al menos en este sentido, un tercero imparcial (*super partes*). En segundo lugar, las garantías consisten también en que el proceso jurisdiccional está regido por el principio fundamental de la contradicción (*audi et alteram partem*), es decir, el principio en virtud del cual el juez debe ofrecer a las partes de la relación o situación sobre la que está llamado a decidir, o a los representantes de ellas, una posibilidad adecuada de defensa. El juez debe actuar, en suma, dentro de los esquemas procesales de un *fair hearing*, con todas las consecuencias —de relevancia también (hoy) constitucional— que ello implica en el plano de las notificaciones, de las pruebas y de su consideración, de los límites de la sentencia, de la motivación, etcétera»¹²⁰. En otras palabras, el carácter participativo del proceso jurisdiccional y especialmente del proceso constitucional, debe tener sustento en el respeto de las normas fundamentales de la justicia natural, no entendida como una actuación de oficio del juzgador, no actúa *in causa propria* y *ex officio*, sino en cumplimiento de una actuación de parte en el que se decide en forma congruente con la demanda y respetando el debido proceso legal. Tesis fundamental de Cappelletti que lo centra esencialmente en los procesos constitucionales de la libertad.

¹¹⁹ *Op. ult. cit.*, p. 288. Cappelletti hace referencia a un trabajo anterior, en defensa de su tesis: «L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il lato fine generico (Natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione Della norma costituzionale)», en *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. III, Milán Giuffrè, 1959, pp. 83-163.

¹²⁰ CAPPELLETTI, *La justicia constitucional, op. cit.*, pp. 288-289.

De ahí que el problema de «politicidad» o «creatividad» de los jueces constitucionales, Cappelletti los resume como problema de i) graduación concreta, esto es, la cantidad o medición de tal creatividad; y ii) prevención de infracciones, de las garantías fundamentales que caracterizan la jurisdiccionalidad. La creatividad puede ser medida conforme el grado de suplencia, la cual se puede manifestar de dos maneras: sea «patológica» o «fisiológica». La primera aparece cuando existe un desequilibrio entre los poderes públicos y opera la suplencia del juez como «misión de creación, evolución, transformación o modernización del derecho que, aunque se encuentre en el espíritu de la Constitución, no ha sido cumplida adecuadamente por el legislador o, más en general, por las ramas políticas del gobierno»; la segunda, cuando existe equilibrio de poderes (*check and balances*), «nos encontramos ante una situación fisiológica cuando los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, están marcados por el signo positivo de fuerza en el equilibrio». Si bien la creatividad se da con mayor intensidad en el campo de la suplencia «patológica», no quiere decir su inexistencia en el plano «fisiológico», ya que la «interpretación pura no existe; toda interpretación comporta un elemento de creatividad». Es por ello que en realidad la fuerza creadora de los jueces constitucionales no puede quedarse en la abstracción teórica e inmutable, sino esencialmente de los problemas concretos, políticos, que dependen de variados factores variables en el tiempo. Dice Cappelletti que la «audacia o el *restraint* del Tribunal Constitucional (o de otros tribunales) derivará, en cada caso, de razones prácticas de posibilidad, de efectividad, de reacciones posibles, por parte de los otros poderes públicos o de centros más o menos oficiales de poder. De la reacción, en fin, de la opinión pública y de los *mass media*»¹²¹.

Derivada de esta actuación del juez constitucional en esa dimensión práctica, en un caso y tiempo determinado, es como aparece o no su legitimidad democrática y no como se suele confundir al identificar a esta última con la representatividad política. La «investidura democrática» del juez constitucional no se encuentra, como ocurre con los órganos políticos, en la representación de un electorado. Su verdadera legitimación democrática, en el pensamiento de Cappelletti, se dirige precisamente al campo de las garantías de la «justicia natural». Y para ello requiere de una adecuada motivación de sus sentencias, de manera analítica y dotadas de sistematicidad y abierta al control crítico de la opinión pública de sus propias *rationes decidendi*. Ahí encuentra el juez constitucional su verdadera legitimación democrática.

¹²¹ *Idem*, p. 290.

Cappelletti denomina a esta problemática como «el formidable problema del control judicial»¹²², título de un agudo trabajo que estudia la legitimidad democrática del juez constitucional. Este «formidable problema» lo enfoca de la siguiente manera: «la creación de derecho es una característica inevitable de todo tipo de jurisdicción y que esta característica alcanza su nivel más elevado cuando está implicado el control judicial de las leyes; que, por tanto, lo que convierte en juez a un juez y en tribunal a un tribunal no es la falta de creatividad sino más bien, por un lado, la relación de la jurisdicción con causas y controversias, es decir, con «partes», y por otro, la actitud imparcial del juez, que no debe juzgar, *in re sua*, debe asegurar que las partes sean ecuánimemente escuchadas (*audi alteram partem*) y debe gozar de un grado de independencia de las presiones externas, especialmente de aquellas que llegan de los órganos «políticos». Son éstos (y no la creatividad) los elementos, formulados de manera abstracta, que pueden proporcionar legitimidad a la creación de derecho a través de los tribunales y conservar el «carácter democrático» de esta actividad»¹²³.

La función creativa del juez constitucional está íntimamente ligada a la creciente adopción de declaraciones de derechos a partir de la Segunda Guerra Mundial y vinculada necesariamente a su legitimidad democrática. Si bien se dio un debate entre Cappelletti y Lord Devlin¹²⁴, relativa a si los jueces deben o no crear derecho, lo cierto es que en la actualidad parecen irrefutables los argumentos del primero a favor de la legitimidad creadora de los jueces (y especialmente de los jueces constitucionales), debido a la rica interpretación de las normas fundamentales por parte de los tribunales constitucionales de nuestro tiempo. Como el propio Cappelletti sostiene citando al juez Koopmans: «La democracia y los derechos humanos aparecen, empíricamente hablando, estrechamente vinculados; por consiguiente, proteger a uno de los dos a costa del otro puede ser contraproducente. Si queremos conservar la democracia, los tribunales deberán asumir su parte en la tarea»¹²⁵.

¹²² Cfr. «El 'formidable problema' del control judicial y la contribución del análisis comparado», traducción de Faustino González, en *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 13, Madrid, enero-febrero de 1980, pp. 61-103; reproducido en *La justicia constitucional*, *op. cit.*, pp. 245-282.

¹²³ *Op. últ. cit.*, p. 274.

¹²⁴ Este debate y en general la problemática misma de la legitimación democrática del derecho procesal constitucional, queda estudiado por CAPPELLETTI en su trabajo «Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional», *op. cit.*, especialmente en cuanto al debate, véanse pp. 324-334.

¹²⁵ *Op. últ. cit.*, p. 325. Se refiere a la cita de T. KOOPMANS, «Legislatura and judiciary. Present trends», en la obra dirigida por CAPPELLETTI: *Nuevas perspectivas de un derecho común europeo*, Leyde-Bruselas-Stuttgart-Florenca, Sijthoff-Bruyland-Klett-Cotta-Le Monnier, 1978, pp. 313 y ss., en p. 337.

10. EPÍLOGO

Mauro Cappelletti fue un visionario del derecho. Se adelantó a su tiempo. Como si lo tuviera planeado desde sus primeros afanes académicos, sus investigaciones fueron instrumento de cambio social. Sus aportaciones tienen vigencia y su pensamiento tiene presencia en los cambios estructurales del proceso y de los poderes judiciales en pleno siglo XXI.

Llevó a la práctica lo que desde sus primeros trabajos pregonó: la necesidad de una nueva concepción ideológica de la ciencia y particularmente de la ciencia procesal. Implicaba superar esquemas en cuanto al método tradicional de estudio, caracterizado como «típicamente escolástico, dogmático y formalístico», cuya finalidad era la búsqueda de una ciencia «pura» e ideológicamente «neutral». Por el contrario, concibió el derecho como fenómeno social. Ciencia jurídica como ciencia sociológico-valorativa y no formal. Ciencia de problemas prácticos y no de sistematizaciones conceptuales abstractas. Ciencia de resultados concretos y no de deducciones apriorísticas. Ciencia de elecciones creativas y responsables, y no de conclusiones automáticas¹²⁶.

Fue un Maestro en la «Ciencia útil». En redimensionar la «política del derecho» como factor o instrumento de las transformaciones sociales. Pasó de la ideología a la sociedad, a la que siempre estuvo atento y especialmente al advertir las tres dimensiones como ejes de su trabajo intelectual, referidas en aquél último libro a que aludí al inicio de estas páginas. Nadie como él para demostrar la utilidad del derecho comparado y particularmente del Derecho Procesal Constitucional Comparado. A través de la observación directa, del análisis crítico de los datos concretos, de la utilización del método inductivo y fenomenológico, así como del entendimiento de la psicología experimental, coadyuvó en el esclarecimiento de lo que hoy constituye el contenido de la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional.

Se impregnó desde sus años juveniles de los aires de libertad que representaba el movimiento del constitucionalismo europeo después de la Segunda Guerra mundial. De aquella libertad y humanismo que le transmitió Calamandrei, que lo llevaron a la cúspide del procesalismo científico del siglo XX. En el prólogo a una de sus obras, con inmejorables palabras Mariano Azuela Rivera así lo resaltaba: «el esfuerzo del distinguido jurisconsulto italiano no se agota, ni puede agotarse, en el análisis frío de sistemas procesales constitucionales; su ilustre maestro Calamandrei le co-

¹²⁶ Así dejaba ver su proyección a su trabajo, desde el prólogo fechado de 1968. Cfr. *Proceso, ideologías, sociedad, op. cit.*, véase la introducción, pp. IX-X.

municó la chispa del amor a la libertad, y en el fondo último de su empeño, él es un campeón más en la empresa de mayor importancia en nuestra época: la perduración de un mundo en que el hombre conserve su dignidad de persona»¹²⁷.

Amor profundo a la libertad y dignidad humanas, que a pesar de su ausencia sigue transmitiendo a quienes no lo conocimos en vida, mediante su penetrante y perdurable obra escrita; y que ahora podemos decir, como él expresó de su maestro: Cappelletti fue gran procesalista, gran jurista, porque fue grande y vigoroso defensor de la libertad.

¹²⁷ MARIANO AZUELA RIVERA, «Prólogo» al libro de MAURO CAPPELLETTI: *La jurisdicción constitucional de la libertad*, *op. cit.*, pp. 283-306.